

# עקרונות כלליים במשפט הפרטי\*

מאת: טובה שטרסברג-כהן\*\*

## מבוא

המשפט הפרטי הוא ערש המשפט. עוד בטרם נוצרו המסגרות החברתיות שברבות הימים תקבענה חובות וזכויות ביחסים בין אדם לרשות, הוסדרו משפטית-נורמטיבית היחסים בין אדם לחברו. אלה הוסדרו על בסיס חכמת המשפט בין שזו נבעה ממקור אלוהי ובין שנוצרה על ידי חכמים או שופטים. התארגנות החברה האנושית במסגרת מדינתית, הביאה לנטיית חלק הולך וגדל מצד המחוקק, בהסדרת היחסים בין בני האדם. לתוך הסדרת יחסים אלה הוחדרו עקרונות שעניינם דאגה לרווחת החברה והמדינה שלא תמיד נועדו להגן על אינטרסים פרטיים של אזרחים. כך נוצרו עקרונות המשפט הציבורי שחלחלו אל תוך המשפט הפרטי. היו שראו בחלחול זה איום על מעמדו המרכזי של המשפט הפרטי וקראו להוציאו מידי המחוקק האינטרסנט ולהחזירו אל חיק "חכמת המשפט". כיום ניטשטשו במידה רבה התחומים בין המשפט הפרטי והציבורי. זכויות יסוד ועקרונות יסוד ערכיים ונורמטיביים משמשים בשני תחומים אלה ומהווים תשתית משותפת להם.

אדניו של המשפט הפרטי בישראל יונקים מן המשפט המקובל האנגלי. במרוצת שנות קיום המדינה עדים אנו לפעילות חקיקתית ענפה ויצירתית בתחום המשפט הפרטי, הנמצא כיום בתהליך של קודיפיקציה, לאחר שניתק עצמו מכוח חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 מן הזיקה למשפט האנגלי ונקשר בעבותות חזקים למורשת ישראל. החקיקה הישראלית המודרנית והפרשנות הפסיקתית-יצירתית שלה שואבת את חיותה מן המשפט העברי ומקבלת השראה משיטות משפט אחרות: המשפט המקובל (Common Law), המשפט האירופאי - ובמיוחד הצרפתי והגרמני. מוסדות משפטיים מודרניים כגון תום לב, נאמנות, תקנת הציבור, עשיית עושר ועוד, נשאבו לתוך החקיקה הישראלית משיטות משפט שונות ופותחו על ידי בית המשפט העליון, כל זאת, בהתאמה לחברה הישראלית ולערכיה. בתחילת שנות ה-90 נחקקו שני חוקי-יסוד: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. חוקים אלה העניקו מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות היסוד של האדם הקבועות בהם. המשפט הפרטי היה מאז ומעולם הגלגל המניע של הדאגה לזכויות היסוד של האדם והן מובנות לתוך רבות מהוראותיו וחלק ניכר מן ההסדרים הקבועים בו, שנועדו להבטיחן ולקדמן. אתמקד אפוא במספר עקרונות כלליים

המהווים אבן פינה במשפט הפרטי בשיטתנו המשפטית. עקרונות אלה, המשקפים את ערכיה של החברה, חוצים לרוחב את כל דברי החקיקה ומהווים מכנה משותף להם ולפסיקת בתי המשפט בישראל<sup>2</sup>. אתיחס בקצרה למספר עקרונות.

## תום לב

עקרון תום הלב בדיני החוזים מעוגן בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973<sup>3</sup>, ומהווה אחד מעמודי התווך של חוק החוזים. אחד החידושים שבאיומן עיקרון זה לתוך דיני החוזים, הוא החלתו על שלב המשא ומתן הטרום חוזי. תחולת עקרון תום הלב על שלב המשא ומתן, הנה עצמאית. היא חלה גם על משא ומתן שבסופו לא נכרת חוזה ועל צד למשא ומתן שלא הפך צד לחוזה שנכרת. עקרון תום הלב חל גם על מימוש זכות הנובעת מחוזה. מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, חולש עיקרון זה על כל תחומי המשפט בישראל. תחום התפרסותו של העיקרון במשפט הפרטי מוצא את ביטויו בדין המהותי, בדין הפרוצדורלי ובדין הראייתי<sup>4</sup>. מקורו הרעיוני של עקרון "תום הלב" הוא בתחום המוסר. ביטוי קדום לו מצוי בציווי של 'ועשית הישר והטוב'<sup>5</sup> המשקף רעיון של הגינות ביחסים בין בני אנוש<sup>6</sup>. העיקרון קיבל נפקות משפטית והוא מתפרש על פי קנה מידה בה נמדדת התנהגות אנושית ולא דווקא על פי קנה מידה מוסרי אידיאלי<sup>7</sup>. עקרון "תום הלב" שיובא לשיטתנו מן המשפט הגרמני, מצא ביטוי חקיקתי בלמעלה ממאה חוקים, בכל תחומי המשפט ולענייננו, בתחום המשפט הפרטי. עיקרון זה רואה בהגינות של אדם כלפי רעהו, ערך ראוי להגנה שמצא לאחרונה ביטוי בחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999<sup>8</sup>. הפסיקה מילאה את מושג "תום הלב" בתוכן חי ומותאם לנסיבות. כך למשל, נקבע כי מכוחה של חובה זו ניתן להתגבר על דרישת הכתב שהיא דרישה קונסטיטוטטיבית לעניין זכות במקרקעין<sup>9</sup>. במקרה זה, בו ניסה צד לחוזה להיבנות מהיעדר כתב על מנת להתחמק מקיום הסכם שעניינו מקרקעין, קבע בית המשפט כי למרות שלא נתקיימה דרישת הכתב, יש לאכוף את החוזה כשהנימוק המרכזי הוא חובת "תום הלב" בקיום חוזה. רשלנות רבתי יכולה להוות, גם היא, ראייה לחוסר תום לב<sup>10</sup>, כמו גם עצמת עיניים מלראות את האמת או הימנעות מלחקור כאשר יש סיבה לחשוד בטיבה של עסקה<sup>11</sup>. איגלויו של מידע חשוב במהלך משא ומתן מהווה גם הוא חוסר תום לב<sup>12</sup>. דרישת חברת ביטוח מתובע הגר בתל-אביב להיבדק על ידי רופא מומחה בירושלים היא דרישה חסרת "תום לב" שכן, אין הצדקה לטלטל את התובע מתל-אביב לירושלים לשם

\* הרצאה במסגרת מפגש בין שופטי בית המשפט העליון לבין שופטים מבתי המשפט העליונים בצרפת (Conseil d'Etat; Court de Cassation) שהתקיים בבית המשפט העליון בירושלים ביום ה-23.1.01.  
\*\* שופטת בית המשפט העליון.



שופטת בית המשפט העליון, טובה שטרסברג-כהן, צילום: ניצן שורר

4. ד' שוורץ "תחולתו של עיקרון תום הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 295.
5. דברים, ו, יח.
6. בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449, 455-456; ד"נ 7/81 מגידר נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673, 687; ג' פרוקצ'יה "קווים לתורת תום-הלב" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 41, 60-62.
7. ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 49-50.
8. סעיפים 1-4 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק עוולות מסחריות").
9. ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185.
10. ד"נ 15/70 קוד בע"מ נ' תל חנוך, חברה לאחסנה ומסחר בע"מ, פ"ד כו(1) 36, 40.
11. ע"א 352/71 החברה המרכזית לניירות ערך בע"מ נ' אנגלר, פ"ד כו(1) 678, 680-681; ע"א 863/76 חברת המלח לישראל בע"מ נ' נתיבי ישראל להובלה בע"מ, פ"ד לב(2) 696, 699-700.
12. ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241.
13. בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449.
14. רע"א 218/85 אויה חברה לביטוח בע"מ נ' שטר, פ"ד לט(2) 452.
15. ע"א 685/81 אינסנס וג'נרל חברה לבטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ, פ"ד לח(3) 421.
16. ע"א 1142/92 ורוס בע"מ נ' כרמקס בע"מ, פ"ד נא(3) 421; ע"א 6601/96 AES System נ' סער, פ"ד נד(3) 850.
17. סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.
18. ראו למשל, סעיף 210(ב) לחוק החברות, תשנ"ט-1999 (להלן: "חוק החברות").
19. ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לו(1) 533; ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מג(1) 441.

עריכת בדיקה רפואית<sup>13</sup>. חובת תובע לפרט בכתב התביעה עובדות שאינן נוחות לו כגון כתב ויתור על תביעות, נובעת מהחובה לנהוג ב"תום לב"<sup>14</sup>. מכוח חובת "תום הלב" על תובע להזכיר בכתב תביעתו תניית פטור - אם קיימת כזו - העשויה לפטור את הנתבעת מאחריות<sup>15</sup> ועוד כהנה וכהנה. מחובת "תום הלב" נדרשים ניקיון כפיים והגינות דיונית מן המתדיינים. העיקרון חולש גם על היחסים בין עובד ומעביד ומחייב את השניים בשמירה על חובות האמון של האחד כלפי השני<sup>16</sup>. הוא חל על קונה בשוק פתוח, החייב לנהוג ב"תום לב", על מנת שיקבל את הגנת "תקנת השוק"<sup>17</sup>. בחקיקה המתייחסת להגשת תובענות ייצוגיות, נדרש "תום לב" מצד התובע הייצוגי לצורך אישור התובענה כייצוגית<sup>18</sup>. הנשיא ברק (בדעת מיעוט) היה בדעה כי במכרזים פרטיים נגזרת החובה לנהוג בשוויון בין המשתתפים במכרז מחובת "תום הלב", אך דעת הרוב לא ראתה עין בעין עם הנשיא בעניין זה וסברה כי יש בכך הגבלה בלתי ראויה על חופש החוזים ועל האוטונומיה של הפרט<sup>19</sup>.

1. ג' טדסקי מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה, תשי"ט) 28.
2. א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71, 84-90.
3. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").

## תקנת הציבור

"תקנת הציבור" חובקת בחובה את טובת הציבור ויחידיו. טובתם של אלה היא כפי תפיסת החברה וההשקפות המקובלות על הציבור בזמן נתון באשר לנורמות ולערכים שבבסיס מוסרה ותרבותה של החברה בה מופעלת תקנת הציבור בתחום המשפט. משמעותה של תקנת הציבור הנה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולקדם.<sup>20</sup> תקנת הציבור נועדה לשמור על אושיות היסוד של הסדר החברתי ועל עקרונות היסוד של שיטת המשפט.<sup>21</sup> במשפט האנגלי המסורתי ביטוייה המוחשיים של תקנת הציבור הם רשימה סגורה, לא כך בשיטתנו המשפטית. "תקנת הציבור" איננה מושג פילוסופי גרידא. המושג אומץ אל תוך החקיקה ומשתקף בפסיקה. הוא מופיע בלמעלה מעשרים חוקים שנחקקו בישראל, בעיקר בחוקים אזרחיים. למשל, סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי חוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל. סעיף 2 לחוק החברות אוסר על הקמת חברה שמטרתה נוגדת את תקנת הציבור. סעיף 3 לחוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958 קובע כי בית המשפט בישראל לא יוכל להכריז על פסק חוץ הנוגד את תקנת הציבור כאכף.

במסגרת יישום תקנת הציבור, יש לאזן בין ערכים, עקרונות ואינטרסים שונים המתנגשים זה בזה.<sup>22</sup> עניין לנו במושג דינמי בעל תכנים משתנים מציבור לציבור ומעת לעת, המעוצב על פי תפיסות עולם והשקפות חיים האופייניות לחברה בה הוא מיושם. כך למשל קבע לאחרונה בית המשפט כי הוראת צוואה לפיה יזכה יורש בחלקו בעיזבון בתנאי שישתקע בישראל, או יהיה זכאי ליהנות ממנו רק בישראל, אינה סותרת את תקנת הציבור.<sup>23</sup> בע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**<sup>24</sup> נדונה השאלה אם סירובה של חברה העוסקת בקבורה, שהיא חברה פרטית הנותנת שירות לציבור ומוגדרת כדו-מהותית, לאפשר רישום שמה של הנפטרת ותאריכי לידתה ופטירתה בכיתוב לועזי על מצבה, נוגד את תקנת הציבור. דעת הרוב הייתה כי מניעת האפשרות לכתוב על המצבות לועזי, שוללת ביטוי רגשי-אישי של מכמני הנפש בחברה דמוקרטית-פלורליסטית, פוגעת בכבוד המת ובכבוד בני משפחתו ולפיכך נוגדת את תקנת הציבור. דעת המיעוט הייתה כי אין עמדת חברת הקבורה נוגדת את תקנת הציבור והתריעה כי יש לעשות שימוש זהיר מאוד במושג של "תקנת הציבור".

בתחום אחר נדונה "תקנת הציבור" בהקשר להגבלת חופש העיסוק.<sup>25</sup> במסגרת בחינת תניית איסור תחרות בחוזה עבודה נעשה איזון בין עקרון חופש החוזים והאינטרס החברתי למנוע שימוש לרעה בניסיון ובמידע שצבר העובד במקום עבודתו, לבין הזכות לחופש העיסוק ולהגשמה עצמית של העובד. תוצאת האיזון הייתה שתניה המונעת תחרות, בלא שיש למעביד אינטרס לגיטימי נוסף (כגון הגנה על סוד מסחרי או רשימת לקוחות) נוגדת את תקנת הציבור ולכן בטלה. "תקנת הציבור" שימשה גם כלי לביטול הסכמות בין הצדדים במסגרת חוזים הנוגדים את המוסר או את התפיסות

החברתיות באשר לנורמות התנהגות ראויות נאותות כגון: הבטחת בן זוג נשוי לחיי אישות מחוץ לנישואין<sup>26</sup>; מניעת גישה לבית משפט בהסכם בין שני בני זוג<sup>27</sup>; תניות פטור בחוזים שנושאו נזקי גוף<sup>28</sup>; הסכמי שיפוי, בהם אישה מתחייבת לוותר על זכויותיה העתידיות למזונות; חוזים הפוטרם הורים מאחריות כלפי ילדיהם<sup>29</sup>. כל אלה ועוד נבחנו על פי עקרון "תקנת הציבור" ונפסלו כעומדים בסתירה לו.

למרות חשיבותה הרבה של "תקנת הציבור" והשימוש שנעשה בה במסגרת החקיקה והפסיקה בישראל, תואר מושג זה כ"סוס פרא" שהעולה עליו לעולם אינו יודע להיכן יגיע.<sup>30</sup> תיאור זה מדגים את רתיעת בית המשפט משימוש בלתי מרוסן בעקרון "תקנת הציבור". ואכן נקבעו בלמים ליישום עיקרון זה. נקבע כי חוזה יתבטל כנוגד את תקנת הציבור רק כאשר הוא פוגע באושיית הסדר החברתי. הטעם המרכזי לצמצום זה, הוא עקרון חופש החוזים שתכליתו כיבוד האוטונומיה של הפרט להתקשרות בהסכמים מתוך רצון חופשי; אופיו המעורפל של המושג "תקנת הציבור" ועמימות הכללים הנוגעים לו, מקשים גם הם על יישומו בלא לפגוע בציפיות של צדדים ובוודאות המשפטית.<sup>31</sup> אחד המקרים בו ביטל בית משפט זה הסכם בין שני צדדים פרטיים בהיותו הסדר כובל<sup>32</sup>, עומד כיום בפני דיון נוסף.<sup>33</sup> דעת הרוב בדיון הראשון בבית המשפט העליון הייתה כי ההסכם הוא הסדר כובל וביטלוהו מטעם זה. דעת המיעוט הייתה כי יש להימנע מלראות בהסכם הסדר כובל וכן כי באיזון בין חופש התחרות לעקרון "תום הלב", יש להעדיף את ההגנות, האמון ו"תום הלב", ולהימנע מלבטל חוזה כשהצד המפר הטוען לבטלותו - הנו חסר תום לב. עוד אמר שופט המיעוט כי כלל יש למעט בבטלות חוזים בשל אי-חוקיות או בשל היותם נוגדים את תקנת הציבור, באשר ביטול כזה מאפשר למפרי חוזים להתחמק מאחריותם להפרה. "תקנת הציבור" מהווה כלי להזרמת זכויות יסוד אל המשפט הפרטי. בין אם נסבור כי חופש החוזים הוא זכות יסוד ובין אם נסבור שאין הוא זכות כזו, אין ספק שעקרון חופש החוזים יונק חיותו מן ההשקפה הרואה בחופש ההתקשרות פועל יוצא מן האוטונומיה של הפרט, שהיא פועל יוצא של כבוד האדם וחירותו. אוטונומיה זו מכשירה עשיית פעולות משפטיות מרצון ומדעת וכניסה להתקשרויות משפטיות שתעמודנה במבחן ללא התערבות מטעמים של "תקנת הציבור". לפיכך, מקובל עלי כי יש לנהוג איפוק רב בבואנו להפעיל את "תקנת הציבור" לשם ביטול הסכמים ואלה יבוטלו רק כאשר ההסכמה סותרת עקרונות יסוד של שיטתנו.

## עשיית עושר ולא במשפט

הרעיון השולל התעשרות על חשבון הזולת הנו רעיון קדום שאף נזכר בכתביו של אריסטו. קיקרו סבר כי התעשרות כזו הורסת את אושיות החברה. המשפטן הרומי פומפוניוס אמר כי אך צדק טבעי הוא שלא יהא אדם מתעשר מהפסדו של חברו.<sup>34</sup> בארצנו נקלט

ליבואן את התעשרותו על מנת שלא יתעשר על ידי הפרת החוזה עם היבואן<sup>38</sup>. זכותו של בעל מקרקעין לגבות שכר ראוי ממי שעשה שימוש במקרקעיו ללא הסכמתו, הוכרה כנובעת מעשיית עושר ולא במשפט. גם התנהגות פסולה ובלתי הוגנת המלווה תחרות פרועה של מתחרה יכולה להעמיד עילה לפי החוק האמור<sup>39</sup>. קיומה של עילת עשיית עושר ולא במשפט הוכרה גם בדיני הקניין הרוחני, לצד הסדרים בחוקים שונים המקימים עילות עצמאיות ולצדן סעדים בגין הפגיעה בקניין הרוחני<sup>40</sup>.



רותי ודני נחמני, מתוך הספר: המשפט, 50 שנות שפיטה בישראל, הנהלת בתי המשפט

20. ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 502; רע"א 5715/95 וינשטיין נ' פוקס (טרם פורסם), תקדין 2000(4) 324, פסקה 17 לפסק דינו של השופט טירקל.
21. ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, 873.
22. ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 785.
23. רע"א 5715/95, לעיל הערה 20.
24. ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464.
25. ע"א 6601/96, לעיל הערה 16.
26. ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד זז(2) 1009.
27. ע"א 3833/93 לעיל הערה 21, בע' 874-876.
28. ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס, פ"ד כט(1) 63; שלו, לעיל הערה 7, בע' 386-387.
29. ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוגי, פ"ד לא(3) 85, 94.
30. שם, בע' 98.
31. שלו, לעיל הערה 7, בע' 367.
32. כמובן בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988: "א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".
33. דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ (העניין תלוי ועומד), על ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' משרד הבטחון, מינהל ההרכשה והייצור, פ"ד נב(3) 145.
34. ד' פרידמן דיני עשיית עושר (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך א) 6.
35. חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: "חוק עשיית עושר").
36. רע"א 371/89 ליבוביץ' נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 323.
37. שם, בע' 330.
38. ד"ב 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס ג.מ.ב.ת, פ"ד מב(1) 221.
39. לעיל הערה 36, בע' 330.
40. רע"א 5768/94 א.ש.י. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289.

העיקרון בעבר מן המשפט העברי וקיבל השראה מן המשפט האמריקאי. ב-1979 הוחק חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979<sup>35</sup>. חוק זה מקים עילת תביעה בשל עשיית עושר ולא במשפט כאשר אדם מתעשר על חשבון זולתו שלא כדין. מקום בו לא ניתן להצביע על דין אותו הפר המתעשר, יש לבחון אם ההתעשרות היא בלתי מוצדקת על פי תחושת המצפון והיושר ועל פי השקפות בדבר "הישר והטוב"<sup>36</sup>. תחושה זו תורגמה לעקרונות משפטיים שאינם מתבססים על הרגשות הסובייקטיבית של השופט. השיקולים המנחים בהחלת העיקרון של עשיית עושר הם: עצמת זכותו של התובע, אופי הפגיעה באינטרס שלו, התנהגות הצדדים (לרבות התנהגות נטולת תום לב), טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח ונסיבות אחרות אשר הופכות את ההתעשרות לבלתי צודקת<sup>37</sup>. הסעד המוענק למי שהתעשרו על חשבונם הוא סעד ההשבה. בפסיקה נקבע כי סעד זה מצטרף לסעדים אחרים, כגון, סעדים על הפרת חוזה, הרעיון הבסיסי עליו מושתתת חובת הפיצוי בשל עוולה נזיקית ועוד. במקרה בו הופר חוזה על ידי ספק שלא סיפק מטען ברזל שהוזמן על ידי יבואן ישראלי, ומכר אותו לאחר ברווח, קבע בית המשפט כי אף שלא נגרם נזק ליבואן הישראלי, באשר הוא הצליח לקנות את הברזל במקום אחר ללא הפסד, חייב הספק להשיב

## צדק במשפט

לצדק פנים רבות ותכנים רבים: חברתיים, אישיים, כלכליים, משפטיים ועוד. על הקשיים בהגדרת צדק וביישומו במשפט עמדו שופטים ומלומדים כגון: Dworkin ו-C.K. Allen, Har. החיפוש אחר הצדק מלווה את האנושות משחר בריאתה. יש הסבורים כי צדק ומשפט חופפים זה את זה. אחרים סבורים שהם משלימים זה את זה. יש הסבורים כי הם עומדים בנפרד זה מזה וכי החוק והמשפט אינם עוסקים בצדק. על אף הקושי להגדיר צדק, מהווה השאיפה לעשייתו צו פנימי של כל שופט. בית המשפט שם לו למטרה לתור אחר הצדק העולה בקנה אחד עם הרעיונות הפילוסופיים, המדיניים והמוסריים המהווים חלק אינטגרלי של המשפט<sup>41</sup>. עשיית הצדק במשפט איננה יכולה להתמצות בנוסחה מסוימת. זהו תהליך מסובך של איזונים בין מרכיבים שונים<sup>42</sup>. כפי שכתב השופט (בדימוס) ח' כהן בספרו:

"אין להפריד בין טיב המשפט ומטרתו לבין 'הצדק המשפטי' שבביצועו. כבר ראינו שבני האדם שונים זה מזה, גם בכך שיש לכל אחד ואחד מהם חוש צדק משלו, ושחוש הצדק האינדיבידואלי הוא, במידה זו או אחרת, פונקציה של אינטרסים אינדיבידואליים. אילו כל אחד ואחד היה מפעיל את חוש צדקו שלו ונוהג על פיו, חוששני שהיה העולם חוזר לתוהו ובוהו. על ידי שאדם מקיים את המשפט, הוא תורם את תרומתו לקיום העולם... הוא שאמרנו, נעשה חוק ודין - נעשה צדק חברתי, שתכליתו אינה אלא להשכין שלום בין הבריות... צדק משפטי מתבטא תמיד במעשים ובמחדלים התואמים את הנורמות המחייבות כל אדם והשוות לכל נפש"<sup>43</sup>.

מושג **הצדק במשפט** לא נותר בגדר מושג פילוסופי גרידא. הוא בעל אופי יישומי. הוא אומץ על ידי המחוקק המשתמש בו בלא פחות מחמישים דברי חיקוק המכילים הוראה בדבר יישום הצדק במקרה נתון. בתי המשפט נדרשו למלא מושג זה בתוכן העולה בקנה אחד עם מהותו הבסיסית של המושג ובהתאמה לתחום המשפטי בו הוא מופעל. אביא רק דוגמאות מספר.

יישום הצדק בחקיקה ובפסיקה מצוי בתחומים שונים. בדיני החוזים מוצאים אנו את המונח "צדק" כחלק מהוראות חוקים רבים. אין מדובר בצדק מוחלט או בצדק חברתי, אלא בצדק יחסי בין צדדים לחוזה<sup>44</sup>. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 הקובע את האכיפה כסעד ראשון עקב הפרת חוזה, קובע עם זאת כי אכיפה תישלל מטעמי צדק, אם העוול שייגרם למפר מאכיפת החוזה גדול מן העוול שייגרם לנפגע אם במקום אכיפה יקבל פיצוי כספי<sup>45</sup>. מבחן הצדק ומאזן הצדק יופעלו בכל מקרה לאור נסיבותיו<sup>46</sup>. מושג ה"צדק" משמש במסגרת דיני עשיית עושר הן כחלק מעילת התביעה (פרשנות פסיקתית של "שלא כדין") והן כטענת הגנה כנגד השבה. הנתבע זכאי לטעון כי יש לפוטרו מהשבה מטעמי צדק, כאמור בסעיף 2 לחוק עשיית עושר. התועלת שמפיק התובע מכך נראית משנית<sup>47</sup>. העקרונות המנחים לעניין מניעת השבה הם: בחינת השאלה אם ההשבה מוצדקת, תום לבם של הצדדים ונסיבות

נוספות (כגון שינוי מצב לרעה)<sup>48</sup> והיעדרה של התעשרות בפועל, כגון כאשר הנתבע החזיק בנכס של התובע ולא עשה בו שום שימוש, או כאשר הייתה "התעשרות זמנית" שכן העושר אבד ולא נותר בידי הנתבע (גניבה, ירידת ערך הנכס ועוד)<sup>49</sup>.

חוק עוולות מסחריות קובע כי ניתן להטיל אחריות על שימוש בסוד מסחרי אף אם נרכש בתום לב ובתמורה, אם דרוש הדבר לשם עשיית צדק בין הצדדים. בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971 נקבע כי ניתן לקבל ראיות ועדויות עליהן חל חיסיון מקום בו החליט בית המשפט כי הצורך לגלות הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה. חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972 קובע כי משנתקיימה עילת פינוי ובית משפט אמור להורות על פינוי מושכר, רשאי בית המשפט לתת סעד מן הצדק ולאפשר לדייר להישאר במושכר.

במקרה מיוחד, יחיד מסוגו בארץ ומועטים כמוהו בארצות אחרות, מדובר היה בזכותם של בני זוג לביציות מוקפאות מזרע של הבעל וביציות של האישה, לאחר שנישואיהם עלו על שרטון. האישה ביקשה לקבל את הביציות על מנת להביא ילד לעולם באמצעות פונדקאית ואילו הבעל סירב להיות לאב לאחר שהתא המשפחתי התמוטט. לא אזכיר את ההיבטים הרבים בהם נבחנה הסוגיה ואתעכב רק על אחד מהם - היבט "הצדק". בערעור בבית משפט זה<sup>50</sup> נדחתה ברוב של ארבעה שופטים נגד אחד בקשת האישה, והוכרה זכותו של הבעל לאי-הורות באופן שנקבע כי לא ניתן לכפות הורות על בן זוג המסרב להיות הורה וזאת כל עוד לא הושג העובר בגוף האם או בגוף פונדקאית. בדיון הנוסף<sup>51</sup> נתהפכו היוצרות וברוב של שבעה כנגד ארבעה, נענתה בקשת האישה. אחד השיקולים שנבחן על ידי כל השופטים בשני ההליכים היה **שיקול הצדק**. היה מי שסבר כי אין זה צודק לשלול מהאישה את האפשרות להיות אם. אחרים סברו כי אין זה צודק לכפות על האב הורות לילד שלא יחיה עמו ולא יגדלו. עמדת הייתה כי הצדק במשפט אינו עומד לצדה של האישה באותו מקרה. 'צדק' לאחד יכול שיהיה 'אי-צדק' לאחר, או 'אי-צדק' לחברה; מימוש זכות על ידי אחד, יכול שיהא בו משום פגיעה בזכותו של אחר שנמנע ממנו לממש את זכותו הוא; 'צדק' כלכלי-חברתי בחברה מסוימת, יכול להיתפס כ'אי-צדק' בחברה אחרת. אין המשפט מחייב אדם להוליד ילדים לבן זוגו גם אם הבטיח לו לעשות כן והתחרט. מפר הבטחה גורם אכזבה ומפח נפש לאחר. התנהגותו אינה 'צודקת' אולם המשפט לא יחייבו לקיים הבטחתו בשם 'הצדק'. המשפט אינו מתערב כאשר אישה מפילה ברשות לאחר אישור ועדה את ולדו של גבר בניגוד לרצונו, האם זה צודק כלפיו? לפי תחושת התסכול, הקיפוח והאבדן שלו, אין זה צודק; אף על פי כן, ימנע המשפט מהגבר מלהתערב ויגן על אינטרס אחר, עדיף בעיניו: האדנות על גוף האישה. עמדת הייתה ועודנה כי אי-כפיית הורות היא גם פועל יוצא של יישום הצדק במשפט המושתת על ערכי הצדק של השיטה, המקופלים בתוכה והמהווים את נשמת אפה: זכויות הפרט, אוטונומיה אישית, יחסים בין בני

41. דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661-696-697.
42. שם, בע' 694-696.
43. ח' כהן המשפט (תשנ"ב) 93-94.
44. שלו, לעיל הערה 7, בע' 532.
45. ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד (1) 367, 373.
46. ע"א 48/81 פומרניץ נ' ק.ד.ש בנין והשקעות בע"מ, פ"ד (2) 813, 819; ע"א 714/79 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד (3) 253, 267.
47. ד' פרידמן דיני עשיית עושר (מהדורה שנייה, תשנ"ח, כרך ב) 1180.
48. ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד (5) 297, 327-329.
49. פרידמן, לעיל הערה 47, בע' 1185.
50. ע"א 5587/93 לעיל הערה 20.
51. לעיל הערה 41.
52. בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (1) 828, 834.
53. ר"נ 22/82, לעיל הערה 19, בע' 484.

זוג בתחום ההולדה, פרי החלטה משותפת הדורשת שניים לשם הוצאתה לפועל. הימנעות הממסד מלכפות על אדם הורות, דרישת שיתוף והסכמה בין בני זוג בנושא החבוי במחוזות נפשו של האדם וארוג ברקמה העדינה של זוגיות והורות. ההכרעה אליה הגיע הרוב בערעור והמיעוט בדיון הנוסף, היא פרי תהליך של איזונים שונים בין ערכים, זכויות ומשאלות, המעומתים אלו כנגד אלו. יש בה עשיית צדק משפטי, במובנו השלם והקוהרנטי, נאמנות לנומנות הבסיסיות, לעקרונות היסוד של השיטה, לזכויות היסוד של האדם, לחירויות הפרט ולשוויון בהפעלת ובמימוש זכויות אלה ויישום הדין במובנו הרחב. יש בה הבטחת עשיית משפט צדק נורמטיבי, ערכי, עקרוני ושווה לכל נפש. 'תחושות בטן' או 'תחושות סובייקטיביות', עלולות להוליך אותנו במסלול של הענקת זכות למי שאין עומדת לו כזו ולכפיית רצונו של האחד - באמצעות המשפט - על אחר, באופן שתוטלנה עליו חובות שאין הוא חב בהן ושכפייתן מהווה פגיעה בזכויות היסוד שלו, אשר על שמירתן אנו מופקדים. לדעתי הצטרפו הנשיא ברק והשופטים אור וזמיר שקבעו כי הצורך בהסכמה של כל אחד מבני הזוג בכל שלב נגזר מדרישת הצדק. הצדק משמעו הגשמת הורות המשותפת. ההולדה היא עניין רציני מדי וקיומי מדי, הוויית מדי, מכדי להשאירו בשלב מהשלבם לאחד הצדדים בלבד. הצדק איננו חמלה, הוא השוויון, והשוויון הוא במתן כוח הכרעה משותף לשני הצדדים. אסתפק בדוגמאות אלה מני רבות.

## סיכום

המשפט הפרטי מכיר בחשיבותם של עקרונות-על, המשתרעים על כל תחומיו. חובות האמון וההגנות חלים במלוא עצמתם בתחומי המשפט הפרטי ומהווים אבן פינה ביחסים בין בני אדם. בהרצאתי זו סקרתי רק חלק קטן מן העקרונות והכללים החלים במשפט הפרטי בישראל. העקרונות הללו זכו בשיטתנו המשפטית למעמד בכורה, הן במסגרת החקיקה והן במסגרת הפסיקה. עקרונות כמו תום לב, תקנת הציבור, מניעת עשיית עושר ולא במשפט, צדק במשפט ועוד, עוגנו בחקיקה ומיושמים תכופות על ידי בית המשפט. חקיקתם של חוקי היסוד מאז 1992 והמעבר מתפיסה פורמליסטית לגישה מהותית-ערכית בכל תחומי המשפט, הגבירו את משקלם ועצמתם של עקרונות היסוד של שיטתנו בתחומי המשפט הפרטי. עקרונות של עשיית צדק במשפט, יישום ערכי היושר וההגנות בין בני אדם מהווים את העקרונות והכללים המרכזיים בהסדרת יחסי אנוש בחברה ואלה שימשו כלי לקליטת זכויות היסוד של האדם לתוך המשפט הפרטי. בפרפרזה לדברי הנשיא ברק בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' ביה"ד הארצי לעבודה<sup>52</sup> ובפסק הדין בדיון הנוסף ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב<sup>53</sup>, אסיים ואומר כי שיטתנו המשפטית איננה גורסת כי אדם לאדם הוא מלאך, אין היא מתירה מצב בו אדם לאדם זאב. הנורמה שהיא מציבה היא, אדם לאדם - אדם